

Sygn. akt: KIO 496/18

**WYROK**  
**z dnia 30 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Jan Kuzawiński</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Luiza Łamejko</b> <b>Katarzyna Poprawa</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Zuzanna Idźkowska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2018 r. przez wykonawcę **DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Miasta Sopotu, ul. Kościuszki 25/27, 81-730 Sopot,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publiczne – konsorcjum **Kaliente Sp. z o.o., Engie Services Sp. z o.o., Izim Sp. z o.o. - ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Odwołującego - **DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa**, na rzecz Zamawiającego **Gmina Miasta Sopotu, ul. Kościuszki 25/27, 81-730 Sopot**, kwotę 3900,00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą oraz przejazdu pełnomocników Zamawiającego na rozprawę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasta Sopotu, ul. Kościuszki 25/27, 81-730 Sopot, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie na wybór partnera prywatnego dla przedsięwzięcia pn. „Kompleksowa modernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej w Sopocie”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.11.2016 r. pod numerem 2016/S 221-402481 – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Zamawiający w odpowiedzi na wniosek wykonawcy DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa o udostępnienie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, w dniu 5.03.2018 r. udzielił ww. wykonawcy odpowiedzi drogą elektroniczną, przekazując linki do ofert złożonych w postępowaniu wraz z informacją, że *„Pozostałe dokumenty zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa”*. Pod ww. linkami nie została zamieszczona całość ofert wykonawców: konsorcjum Kaliente Sp. z o.o., Engie Services Sp. z o.o., Izim Sp. z o.o. - ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa (dalej jako Kaliente bądź Przystępujący Kaliente) oraz konsorcjum Siemens Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11,03-821 Warszawa, Siemens Finance Sp. z o.o. ul. Żupnicza 11,03-821 Warszawa,

Wobec zaniechania ujawnienia całości oferty wykonawcy Kaliente oraz Siemens odwołanie w dniu 15.03.2018 r. wniósł wykonawca DK Energy Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa (dalej jako Odwołujący).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia

(ujawnienia) części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez:

- Konsorcjum Kaliente, tj. Załącznika nr 7 do Oferty Kaliente w części obejmującej:

- a) Kalkulację Wynagrodzenia Partnera Prywatnego (pierwsza strona załącznika do formularza ofertowego);
- b) Tabelę 1 - Kalkulacja Wynagrodzenia za Etap Robót;
- c) Tabelę 2 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części I Etapu Robót;
- d) Tabelę 3 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części II Etapu Robót - Obiekt Domu Dziecka;
- e) Tabelę 4 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części II Etapu Robót - Pozostałe Obiekty;
- f) Tabelę 6 - Spłata Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania w ujęciu rocznym;

oraz

- Konsorcjum Siemens w części obejmującej:

„I. Załącznik nr 1 do oferty kalkulacja wynagrodzenia partnera prywatnego

1. Tabela 1 - Kalkulacja Wynagrodzenia Za Etap Robót (Wykaz Cen);
  2. Tabela 2 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części I Etapu Robót;
  3. Tabela 3 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części II Etapu Robót - Obiekt Domu Dziecka;
  4. Tabela 4 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części II Etapu Robót - Pozostałe Obiekty;
  5. Tabela 5 - Kalkulacja Wynagrodzenia Za Etap Utrzymania i Zarządzania;
  6. Tabela 6 - Spłata Wynagrodzenia Za Etap Utrzymania i Zarządzania W Ujęciu Rocznym;
- II. Załącznik Nr 2 do oferty - Gwarantowane Oszczędności Dla Poszczególnych Obiektów”.

- pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie ww. dokumentów.

### Uzasadnienie odwołania

Odwołujący wskazuje, że zaniechanie udostępnienia całości ofert Kaliente oraz Siemens świadczy o uznaniu za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez tych wykonawców. W ocenie Odwołującego zwłaszcza zastrzeżony Załącznik nr 7 do Oferty Kaliente we wskazanej powyżej części nie może być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z tego wywodzi, że jego

zastrzeżenie przez wykonawcę Kaliente było bezpodstawne. Odwołujący podnosi, że w uzasadnieniu Konsorcjum Kaliente wskazało powody, dla których poszczególne informacje powinny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. W szczególności Konsorcjum Kaliente powołuje się na zastosowanie unikalnej technologii, która pozwala na osiągnięcie oszczędności energii na poziomie znacząco wyższym, niż ten, który został wskazany w dokumentacji przetargowej. Podkreśla, że wykonawca Kaliente wskazuje również, iż zamierza zastosować innowacyjne narzędzia cyfrowe, które prowadzą do „drastycznego obniżenia kosztów obsługi technicznej”. Zdaniem Odwołującego stwierdzenie o „drastycznym obniżeniu kosztów obsługi technicznej”, powinno wzbudzić najwyższą czujność Zamawiającego i w powiązaniu z resztą ogólnikowych zapewnień, skłonić Zamawiającego do uznania, że nie ma do czynienia z właściwym zastosowaniem instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wywodzi, że powinno to skutkować odstąpieniem od nieuzasadnionej ochrony Kaliente, w celu zweryfikowania rzetelności zapewnień o „drastycznym obniżeniu kosztów obsługi technicznej”. Odwołujący podnosi, że na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji, czy zastrzeżenie zostało należycie uzasadnione przez wykonawcę. Wskazuje, że stosownie do wzoru formularza ofertowego, opublikowanego przez Zamawiającego, Załącznik nr 7 do oferty Kaliente powinien składać się z następujących elementów:

- (i) Kalkulacji Wynagrodzenia Partnera Prywatnego;
- (ii) Tabeli 1 - Kalkulacja Wynagrodzenia za Etap Robót (wykaz cen);
- (iii) Tabeli 2 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części I Etapu Robót;
- (iv) Tabeli 3 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części II Etapu Robót - Obiekt Domu Dziecka;
- (v) Tabeli 4 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części II Etapu Robót - Pozostałe Obiekty;
- (vi) Tabeli 5 - Kalkulacja Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania;
- (vii) Tabeli 6 - Spłata Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania w ujęciu rocznym.

Odwołujący wskazuje, że w odniesieniu do Załącznika nr 7, wykonawca Kaliente nie wykazał w żaden sposób, iż wszystkie elementy tego załącznika stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podnosi, że argumentacja Kaliente uzasadniająca traktowanie informacji zawartej w załącznikach do oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dotyczy przede wszystkim stosowania unikalnej technologii, pozwalającej na uzyskanie znaczących oszczędności energii oraz na obniżenie kosztów obsługi. W ocenie Odwołującego taka argumentacja nie dotyczy kwestii wysokości Kosztów Inwestycji ani tym bardziej Kosztów Finansowania. Odwołujący wskazuje, że wykonawca Kaliente w uzasadnieniu zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy

przedsiębiorstwa nie wskazuje, pomimo powołania orzecznictwa w tym zakresie, by zastrzeżone informacje odnosiły się do sposobu budowania strategii cenowej. Z treści oferty Kaliente wynika, iż wykonawca ten obawia się, iż informacje zastrzeżone mogą posłużyć ustaleniu przez innych wykonawców posiadanej przez niego technologii. Wykonawca Kaliente nie wskazuje jednakże w żaden sposób, by na potrzeby niniejszego postępowania przyjęta została specjalna strategia ofertowa, bądź szerzej, by podmiot ten w kontekście udziału w postępowaniach przetargowych kreował odrębną specjalną strategię.

Odwołujący wywodzi, że wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązany jest przedłożyć dowody potwierdzające zasadność zastrzeżenia, czego wykonawca Kaliente nie uczynił, ograniczając uzasadnienie - w ocenie Odwołującego - wyłącznie do gołosłownych twierdzeń i zapewnień składanych Zamawiającemu, mimo że przynajmniej część okoliczności mających uzasadniać dokonane zastrzeżenie bez trudu mogła być wykazana przez przedstawianie odpowiednich dowodów. Odwołujący podaje, że przykładowo, wykonawca Kaliente podniósł, że: „Wykonawca podjął działania w celu zachowania ich poufnego charakteru poprzez zawarcie z osobami zaangażowanymi w przygotowanie oferty oraz ze swoimi partnerami biznesowymi porozumień o zachowaniu poufności”. Zdaniem Odwołującego, porozumienia te powinny zostać przedstawione Zamawiającemu. Podkreśla, że elementem konstytuującym tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania określonych informacji w poufności, zaś w jego ocenie Kaliente podjęcia takich działań nie wykazało. Odwołujący wskazuje, że obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie zastrzegającym. Podnosi także, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzec można określoną informację, nie zaś cały dokument.

W odniesieniu do poszczególnych dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Kaliente jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący prezentuje następującą argumentację.

#### 1. Kalkulacja Wynagrodzenia Partnera Prywatnego

Stosownie do wzoru opublikowanego przez Zamawiającego, załącznik ten wskazuje łączne Wynagrodzenie za Etap Robót w kwocie brutto, Koszty Finansowania oraz łączne Wynagrodzenie za Etap Utrzymania i Zarządzania w kwocie brutto. Te trzy wielkości sumują się do kwoty uwzględnianej przez Zamawiającego w kryterium 1, jako cena za wykonanie całości zamówienia. Odwołujący podnosi, że wykonawca Kaliente nie podał żadnego uzasadnienia dla zastrzeżenia poufności globalnej kwoty Wynagrodzenia za Etap Robót, Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania, ani też Kosztów Finansowania, wobec czego takie zastrzeżenie należy uznać za bezskuteczne, a załącznik w odniesieniu do którego je poczyniono nie może być traktowany jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa i powinien zostać udostępniony innym podmiotom w ramach jawności postępowania.

## 2. Tabela 1 - Kalkulacja Wynagrodzenia za Etap Robót (wykaz cen).

Wykonawca Kaliente w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, iż „Udostępnienie innym podmiotom informacji nt. deklarowanych oszczędności dla poszczególnych budynków wraz z wartością prac (...) prowadzić będzie do łatwego pozyskania informacji o kosztach takiego systemu i jego możliwościach”. Odwołujący wskazuje, że twierdzenie to nie jest zasadne, a ponadto w świetle tych wyjaśnień jedynie łączne udostępnienie informacji o gwarantowanych oszczędnościach oraz o nakładach inwestycyjnych w odniesieniu do poszczególnych budynków może prowadzić do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Kaliente. Z tego wywodzi, że ujawnienie jedynie informacji wskazanych w Tabeli 1 bez ujawniania Załącznika nr 8 (którego zastrzeżenie uznaje za skuteczne), nie będzie stanowić zagrożenia dla interesów wykonawcy Kaliente. Wskazuje, iż mając to na uwadze brak uzasadnienia dla zastrzeżenia danych wskazanych w Tabeli 1, dokument ten nie mógł być uznany za objęty tajemnicą przedsiębiorstwa i winien być udostępniony.

## 3-5. Tabele 2-4 - Harmonogramy Spłaty Wynagrodzenia poszczególnych Części Etapu Robót

Odwołujący podnosi, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę Kaliente w żaden sposób nie odnosi się do Kosztów Finansowania, nie zostały przedstawione żadne argumenty, które mogłyby wskazywać na objęcie tajemnicą tych informacji, zatem należy informacje te ujawnić.

6. Tabela 6 - Spłata Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania w ujęciu rocznym. Odwołujący podnosi, że wykonawca Kaliente wskazuje, że *„W branży utrzymania technicznego cena przeliczona na metr kwadratowy obsługiwanej powierzchni jest podstawowym wyróżnikiem firm, wynikającym z przyjętych przez nie metod pracy”*, czym uzasadnia objęcie informacji na temat wynagrodzenia tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego stwierdzenie to nie jest zasadne dla konkretnych okoliczności niniejszego postępowania. Podnosi, że cena przeliczona na metr kwadratowy odpowiadać będzie bowiem zakresowi czynności które będą faktycznie wykonywane w danym Obiekcie, przy czym w niniejszym postępowaniu obiekty nie są jednorodne, a zakres czynności związanych z ich obsługą techniczną też nie jest jednorodny. Zauważa, iż ujawnienie globalnej kwoty Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania, zawartej w Tabeli 6 w żaden sposób nie przyczynia się do ujawnienia szczegółowych danych dotyczących poszczególnych Obiektów, zawartych w Tabeli nr 6. Podnosi, że Kaliente w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, iż niektóre budynki objęte zamówieniem mają rzekomo standardowy charakter. W ocenie Odwołującego budynki objęte zamówieniem mają charakter unikalny, chociażby z uwagi na ochronę konserwatorską, na co wskazuje m.in. konieczność



przeprowadzenia odrębnych prac projektowych i modernizacyjnych. Wskazuje, że wykonawca Kaliente nie podjął próby wskazania, które z budynków objętych przedmiotem zamówienia miałyby mieć rzekomo standardowy charakter.

Wskazuje, że wykonawca Kaliente podniósł również, że: „Informacje te nabierają szczególnego znaczenia w przypadku zastosowania przez Wykonawcę innowacyjnych narzędzi cyfrowych, które umożliwiają zdalną diagnostykę urządzeń, prowadząc do drastycznego obniżenia kosztów obsługi technicznej, niedostępnego dla innych firm na rynku. Są to rozwiązania które będą szeroko dostępne na rynku dopiero za kilka lat” zdaniem Odwołującego dane zawarte w Tabeli nr 6 nie dotyczą „*innowacyjnych narzędzi cyfrowych, które umożliwiają zdalną diagnostykę urządzeń*” – bowiem tabela ta takich informacji po prostu nie zawiera. Wskazuje, że co najwyżej dane zawarte w Tabeli nr 6 to dane wynikowe, obrazujące finansowy rezultat zastosowania „innowacyjnych narzędzi cyfrowych”, ale niezawierające żadnych informacji na temat samych narzędzi. Wywodzi z tego, że ujawnienie danych zawartych w Tabeli nr 6 nie odkryje technologii czyli chronionego prawem know-how wykonawcy.

Odwołujący powyższą argumentację odnosi do Konsorcjum Siemens ww. zakresie oraz w zakresie dodatkowym bezpodstawnie zastrzeżonym:

- Tabela 5. Kalkulacja wynagrodzenia za etap utrzymania i zarządzania
- Załącznik Nr 2 do Oferty- Gwarantowane oszczędności dla poszczególnych obiektów.
- Uzasadnienia utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowiącego załącznik nr 3 do oferty konsorcjum Siemens.

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 uzkn poprzez błędne przyjęcie, że uzasadnienie utajnienia informacji stanowiących tajemnicą przedsiębiorstwa, które stanowi Załącznik nr 3 do oferty Siemens, może zostać skutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, bez zbadania, iż wszystkie informacje zawarte w ofercie a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uzkn, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy konsorcjum Siemens wykazało wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 uzkn, w tym Zamawiający ma obowiązek po pierwsze rzetelnie zbadać takie pismo, po drugie ma obowiązek umożliwić innym wykonawcom weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle przesłanek art. 11 ust. 4 uzkn, a w konsekwencji takie pismo nie powinno być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i Zamawiający powinien ujawnić treść pisma zawierającego treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

z uwagi na fakt, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosi, że nie jest w stanie zweryfikować czy samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełnia minimalne wymogi dla uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem czy skutecznie mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, dane, dokumenty odnoszące się do podwykonawcy udostępniającego swoje zasoby.

Odwołujący uzupełnił swoje stanowisko pismem wniesionym do Izby w dniu 27.03.2018 r., szerzej omawiając argumentację zawartą w odwołaniu. Jednocześnie Odwołujący oświadczył o wycofaniu wszystkich zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Siemens.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Kallente. W piśmie z dnia 27.03.2018 r. wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz podniósł, iż Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania. Braku interesu Przystępujący upatruje w okoliczności, że ewentualne odtajnienie zastrzeżonych dokumentów nie umożliwi Odwołującemu skutecznego kwestionowania zgodności oferty Kallente z SIWZ i ustawy Pzp, jak również, że nie jest możliwym skuteczne podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny. Wskazuje, że zaniechanie udostępnienia zastrzeżonych dokumentów nie może mieć wpływu na wynik postępowania, zatem nie może również dojść do uwzględnienia odwołania z uwagi na brak spełnienia przesłanki określonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości wobec jego bezzasadności, jak również z uwagi na dyspozycję art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Podniósł, że zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, zaś takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie korzysta z ochrony. W ocenie Zamawiającego, przepis ten znajduje zastosowanie wobec podważania przez Odwołującego definiowania przez innych wykonawców zastrzeżonych informacji jako tajemnicy, albowiem Odwołujący sam zastrzegł identyczne informacje.

W toku rozprawy przed Izbą strony oraz uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie oraz stanowiskiem pisemnym uczestnika postępowania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Za bezzasadny Izba uznała wniosek przystępującego Kaliente o oddalenie odwołania ze względu na brak interesu Odwołującego w jego wniesieniu. Odwołujący może ponieść szkodę w przypadku nieuprawnionej odmowy udostępnienia dokumentów Przystępującego. Dla ustalenia interesu we wniesieniu odwołania w tym zakresie nie jest koniecznym stwierdzenie możliwości wniesienia skutecznego środka ochrony prawnej pozwalającego na wyeliminowanie oferty Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia – co więcej, na obecnym etapie nie można przesądzić o istnieniu takiej możliwości bądź jej braku. Odwołujący jako wykonawca biorący udział w postępowaniu może dążyć do sanowania, w jego ocenie, niezgodnej z ustawą czynności (zaniechania) Zamawiającego, która pozbawia go uprawnienia do wglądu w oferty pozostałych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu. W ocenie Izby okoliczności te wyczerpują dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (por. np. wyrok KIO z dnia 28.07.2017 r., KIO 1460/17). Natomiast podnoszony przez Przystępującego argument dotyczący braku wpływu na wynik postępowania ewentualnego naruszenia ustawy Pzp przez Zamawiającego poprzez zaniechanie udostępnienia dokumentów zastrzeżonych jest niezwiązany z przesłanką interesu we wniesieniu odwołania, zaś stwierdzenie czy okoliczność taka miała miejsce, wymaga merytorycznego rozpoznania odwołania i pozostaje w wyłącznej gestii Izby.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Wraz z ofertą przystępujący Kallante złożył jako załącznik nr 7 do oferty Kalkulację Wynagrodzenia Partnera Prywatnego, na którą składały się:

- Tabela 1 - Kalkulacja Wynagrodzenia za Etap Robót;
- Tabela 2 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części I Etapu Robót;
- Tabela 3 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części II Etapu Robót - Obiekt Domu Dziecka;
- Tabela 4 - Harmonogram Spłaty Wynagrodzenia Części II Etapu Robót - Pozostałe Obiekty;
- Tabela 5 – Kalkulacja wynagrodzenia za etap utrzymania i zarządzania;
- Tabela 6 - Spłata Wynagrodzenia za Etap Utrzymania i Zarządzania w ujęciu rocznym.

Przystępujący zastrzegł ww. informację, wraz z załącznikiem nr 8 do oferty, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał, że dokumenty te nie zostały nigdy udostępnione podmiotom trzecim i zostały stworzone na potrzeby niniejszego postępowania w oparciu o posiadane dokumenty oraz poczynione przez niego założenia i obliczenia. Wskazał, że zawarł z osobami zaangażowanymi w przygotowanie oferty i partnerami biznesowymi porozumienia o zachowaniu poufności. Wskazał, że utajnione dokumenty zawierają szczegółowe informacje na temat jego organizacji i posiadają znaczną wartość gospodarczą. Podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający udostępnił Audyty Energetyczne i Oświetleniowe zawierające opis techniczny i technologiczny działań prowadzących do uzyskania określonego poziomu oszczędności wraz z przewidywanymi kosztami tych prac. Jednocześnie Zamawiający określił minimalny poziom oszczędności, którego niedotrzymanie powodowałoby odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ. Wykonawca Kallante podkreśla, że zużycie energii jakiego oczekuje Zamawiający jest niższe niż wskazane w Audytach Energetycznych, a tym samym jego dotrzymanie wymaga zastosowania dodatkowych środków np. w postaci systemu pomieszczeniowego. Podnosi, że na potrzeby postępowania opracował indywidualny projekt takiego systemu w oparciu o rozwiązania dostępne w jego grupie kapitałowej, co umożliwi mu zagwarantowanie oszczędności nie tylko spełniających wymagania Zamawiającego, ale też w indywidualnych przypadkach znacząco je przewyższające. Zastrzega, że udostępnienie innym podmiotom informacji dotyczących deklarowanych oszczędności dla poszczególnych budynków wraz z wartością prac (w porównaniu do kosztów prac wynikających z audytów) prowadzi będzie do łatwego pozyskania informacji o kosztach takiego systemu i jego możliwościach. Wskazuje, że informacje te mają kluczowe znaczenie przy oferowaniu usług na rynku związanym z oszczędnością energii i są źródłem jego przewagi konkurencyjnej. Ich udostępnienie osłabiłoby pozycję rynkową wykonawcy. Podnosi, że rozwiązania te są dostępne jedynie dla grupy ENGIE, gdyż zostały opracowane w ośrodku badawczym zajmującym się efektywnością energetyczną w Lionie.

Wskazał, że podział wynagrodzenia na poszczególne świadczenia zawiera również informacje na temat kosztów obsługi technicznej, zaś w branży utrzymania technicznego cena przeliczona na metr kwadratowy obsługiwanej powierzchni jest podstawowym wyróżnikiem firm, wynikającym z przyjętych przez nie metod organizacji pracy. Jest to informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa i nabiera szczególnego znaczenia w przypadku zastosowanie przez Wykonawcę innowacyjnych narzędzi cyfrowych, które umożliwiają zdalną diagnostykę urządzeń, prowadząc do drastycznego obniżenia kosztów obsługi technicznej, niedostępnego w chwili obecnej dla innych firm na rynku.

Przystępujący uzasadnił również uzasadnienie zastrzeżenia dokumentu stanowiącego załącznik nr 8 do oferty – Gwarantowane oszczędności dla poszczególnych obiektów, który dotyczył gwarantowanego poziomu oszczędności zużycia energii i ciepła, którego to zastrzeżenie nie było przez Odwołującego kwestionowane.

Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał również, że zastrzeżone dokumenty posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 4 uznk i nie powinny zostać ujawnione.

### **Izba zważyła, co następuje.**

#### **Odwołanie jako bezzasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie odnieść się należy do podniesionego przez Zamawiającego zarzutu naruszenia przez Odwołującego art. 5 k.c., którego to naruszenia Zamawiający upatrywał w złożeniu przez Odwołującego odwołania w oparciu o zarzut zaniechania odtajnienia części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy Odwołujący sam dokonał analogicznego zastrzeżenia. Wskazać należy, że hipotezą art. 5 k.c. objęte są jedynie wyjątkowe sytuacje, w których podmiot korzysta z prawa podmiotowego w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Izba nie znajduje podstaw, aby wniesienie odwołania w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy spełniało wymienione przesłanki. Nie można bowiem odmówić Odwołującemu prawa do podnoszenia w odwołaniu określonych zarzutów, nawet jeśli potencjalnie analogiczne zarzuty można podnieść również w stosunku do działania Odwołującego. Mając to na uwadze, w ocenie Izby odwołanie podlegało merytorycznemu rozpatrzeniu.

Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8

ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mający polegać na zaniechaniu odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Kaliente.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z kolei stanowi, że *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”*. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 4 definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako *„nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”*. Jak zatem słusznie podnosi Odwołujący dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie, że łącznie ziszcily się przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby przesłanki te zaszły, co w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazał przystępujący Kaliente. Zamawiający zasadnie uznał zastrzeżenie przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne i zaniechał ich odtajnienia.

Dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz działania Zamawiającego w zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Kaliente koniecznym jest przeprowadzenie analizy uzasadnienia rzezonego zastrzeżenia.

W ocenie Izby w treści uzasadnienia Przystępujący wskazał na wszystkie elementy wymagane dla stwierdzenia, że zastrzeżone informacje posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie określa art. 11 ust. 4 uznk. Przystępujący podał, że są to informacje wytworzone na potrzeby przedmiotowego postępowania, są nieujawnione podmiotom trzecim oraz że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności – zawarł z osobami zaangażowanymi w przygotowanie oferty oraz partnerami biznesowymi porozumienia o zachowaniu poufności. Nie ulega wątpliwości, iż powołane okoliczności świadczą o podjęciu przez wykonawcę Kaliente działań w celu zachowania poufności rzezonych informacji. Odwołujący tego nie kwestionował, nie wykazał również, ażeby te działania nie były wystarczającymi dla zachowania poufności informacji, jak też nie poddawał w wątpliwość wiarygodności oświadczenia Przystępującego w tym zakresie. Odwołujący podniósł natomiast,

że wykonawca Kaliente winien był tę okoliczność udowodnić, np. poprzez przedłożenie kopii ww. porozumień.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż w ocenie Izby wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów dla wykazania okoliczności posiadania charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa przez informacje, którym walor ten przypisuje. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie sposób uznać, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który nie stanowi o udowodnieniu, a jedynie wykazaniu i nie można nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż to wynika z treści przepisu (por. np. wyrok z dnia 12 czerwca 2017 r., KIO 1015/17).

W zakresie przesłanki braku podania przedmiotowych informacji do publicznej wiadomości, to wykonawca Kaliente wprost wskazał, że informacje te nie były udostępnione podmiotom trzecim, jak również – że zostały one wytworzone na potrzeby przedmiotowego postępowania, co także świadczy o ich niepublicznym charakterze, albowiem są to informacje nowe, które nie mogły zostać ujawnione przed skonstruowaniem przez wykonawcę oferty, bowiem wcześniej nie istniały. Należy również dodać, że Odwołujący nie kwestionował w toku postępowania odwoławczego spełnienia rzeczowej przesłanki przez zastrzeżone informacje.

Dalej, dla uznania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, koniecznym jest określenie ich charakteru. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 4 wskazuje na informacje „*techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą*”. W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał, że zastrzeżone informacje są wynikiem organizacji przedsiębiorstwa i są kluczowe dla zapewniania przez wykonawcę elementów rynkowej przewagi. W ocenie Izby należało uznać, że z zastrzeżonych informacji możliwym było uzyskanie informacji o charakterze technologicznym oraz odnoszących się do organizacji przedsiębiorstwa. Odwołujący zasadnie wskazuje, że zastrzeżone informacje nie zawierają wprost informacji o charakterze technologicznym, albowiem zawierają one w zasadzie jedynie ceny. Jednakże, dokonując oceny zasadności zastrzeżenia nie można nie uwzględnić specyfiki przedmiotowego postępowania oraz kontekstu w jakim informacje te zostały wytworzone. Jak wskazuje Przystępujący, dokonane kalkulacje cenowe były wynikiem założeń i obliczeń dokonanych na potrzeby przedmiotowego zamówienia, opierały się o informacje o charakterze technicznym udostępnione przez Zamawiającego i możliwości techniczne, którymi wykonawca Kaliente dysponuje w ramach grupy kapitałowej. Zasadnym jest zatem twierdzenie, że udostępnienie tych informacji innym wykonawcom, dysponującym informacjami technicznymi udostępnionymi przez Zamawiającego, mogą, poprzez ich porównanie z wartościami prac, prowadzić do

pozyskania informacji o kosztach i możliwościach systemu opracowanego przez Przystępującego. Jak podnosi Odwołujący, Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wskazał, że uzyskanie ww. informacji wymaga również porównania deklarowanych wartości oszczędności, określonych w załączniku nr 8 do oferty, których zastrzeżenie odwołujący uznał za skuteczne. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że pozostałe informacje, stanowiące część danych potrzebnych do dekodowania stosowanych przez Przystępującego rozwiązań, nie mogą podlegać ochronie przysługującej tajemnicy przedsiębiorstwa. Sytuację tę porównać należy do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa np. projektu innowacyjnego urządzenia i żądania przez innego wykonawcę odtajnienia części dokumentacji projektowej, która wszakże „nie umożliwi rekonstrukcji kompletnego urządzenia, zatem nie powinna podlegać ochronie”. W sytuacji takiej z całą pewnością nie byłoby możliwym uznanie, że wykonawca zobowiązany jest do udostępnienia tych informacji. Podobnie w niniejszej sprawie należy uznać, że brak jest podstaw do ograniczenia prawa do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Kaliente w takim zakresie, jaki uznaje on za niezbędny dla ochrony informacji wrażliwych.

Ostatnią z przesłanek wymaganych dla możliwości stwierdzenia, że informacja posiada charakter tajemnicy przesłanki, jest posiadanie przez tę informację wartości gospodarczej. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że informacje, które wpływają na pozycję przedsiębiorcy na rynku posiadają taką wartość. Należy zauważyć, że Przystępujący podniósł, iż przyjęta organizacja oraz zastosowane technologie pozwalają mu na zaoferowanie ceny znacząco niższej oraz wpływają na jego pozycję także w innych postępowaniach, w których bierze lub będzie brał udział. Informacje o charakterze technologicznym, stanowiące know-how wykonawcy i wynikające z jego doświadczenia stanowią jeden z niematerialnych składników przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 551 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) – (por. komentarz do art. 551 k.c. w System Prawa Handlowego, red. M. Stec, 2017 r., Legalis; Kodeks Cywilny. Komentarz, red. K. Osajda, 2017 r., Legalis). Wskazuje się, że chociaż takie składniki jak doświadczenie czy tajemnice przedsiębiorstwa nie stanowią przedmiotu obrotu i nie dadzą się bezpośrednio wyrazić w wielkościach, to wpływają w zdecydowany sposób na wartość ogólną przedsiębiorstwa (por. komentarz do art. 551 k.c. w System Prawa Handlowego, red. M. Stec, 2017 r., Legalis).

Należy zatem uznać, iż skoro zastrzeżone informacje świadczą o zastosowanych technologiach przyjętych rozwiązaniach oraz organizacji przedsiębiorstwa, które wynikają stanowią know-how przedsiębiorcy, to mają one wymierną wartość gospodarczą bowiem wpływają na wartość jego przedsiębiorstwa oraz jego pozycję rynkową.

Powyższe okoliczności pozwalają na przyjęcie, że Przystępujący Kaliente prawidłowo wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający



nie miał podstaw, by zastrzeżenie uznać za nieskuteczne i udostępnić rzeczone informacje Odwołującemu.

Na powyższą ocenę nie wpływają zarzuty formułowane przez Odwołującego w odniesieniu do poszczególnych Tabel zastrzeżonych przez Przystępującego.

W odniesieniu do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Tabeli 1, Odwołujący podnosił, że tabela ta zawiera jedynie zestawienie łącznych kwot za Etap Robót, Koszty Finansowania oraz Utrzymania i Zarządzania. W ocenie Izby zarzut ten należy uznać za chybiony, bowiem pomija on sposób skonstruowania Tabeli nr 1 określony w pkt 2.3 „Załącznika nr 4 do SIWZ założenia do kalkulacji Wynagrodzenia PP”, który obejmuje szerszy, znacznie bardziej szczegółowy zakres informacji – zawiera kwoty wynagrodzenia w odniesieniu do poszczególnych obiektów, zaś zgodnie z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w zestawieniu z innymi informacjami pozwala to na ustalenie zastosowanej technologii, jak również dotyczy organizacji przedsiębiorstwa oraz wpływa na pozycję wykonawcy na rynku (szerzej w odniesieniu do zarzutów dotyczących Tabeli 6).

Podważając zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Tabel 2 - 4 Odwołujący podniósł, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego Kaliente nie odnosi się do Kosztów Finansowania, zatem nie można uznać, że informacje zawarte w tych tabelach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że tabele te są ściśle powiązane z Tabelą 1 i zastrzeżenie informacji w nich zawartych stanowi naturalną konsekwencję utajnienia Tabeli 1. Zaniechanie zastrzeżenia tych informacji mogłoby narazić Przystępującego na zniwelowanie skutków utajnienia danych Tabeli 1.

Odnosząc się z kolei do zastrzeżenia Tabeli nr 6 Odwołujący wskazuje, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, iż zastrzeżone dokumenty zawierają informacje w zakresie kosztów obsługi technicznej, co pozwala na ustalenie kluczowej w branży utrzymania technicznego ceny kosztów obsługi technicznej w przeliczeniu na metr kwadratowy, podnosi w zasadzie jedynie, że w jego ocenie obiekty których dotyczy postępowanie nie są jednorodne i nie jest jednorodny zakres czynności związany z ich obsługą techniczną. W żaden sposób nie można przyjąć, by takie stwierdzenie skutecznie podważało prawdziwość okoliczności podniesionych przez Przystępującego w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie przeprowadził wywodu pozwalającego na uznanie, że wobec powołanych przez niego okoliczności niewiarygodnym jest uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie.

Odwołujący podnosi ponadto, że Tabela 6 nie odnosi się do konkretnych obiektów, zatem nie jest możliwym uznanie, że zawiera ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Podnosi, że tabela odnosi się jedynie do globalnych kosztów utrzymania i zarządzania. Podobnie jednak jak wskazano w zakresie stosunku tabel 2 - 4 do Tabeli 1, wskazać należy, że Tabela 6 zawiera informacje

pozostające w ścisłej korelacji z danymi zawartymi w Tabeli 5, zawiera bowiem zestawienie harmonogramu spłaty wynagrodzenia za etap utrzymania i zarządzania w ujęciu rocznym, który w sposób naturalny wynika z kalkulacji wynagrodzenia za etap utrzymania i zarządzania (Tabela 5). W tym miejscu wymaga wskazania, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania całkowicie pomija zasadność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Tabeli 5, przechodząc, po omówieniu zarzutów w zakresie tabel 2-4, do omówienia zastrzeżenia Tabeli 6. W ocenie Izby działanie nie może być uznane za prawidłowe sformułowanie zarzutu, bowiem jak wskazano, Tabela 6 zawiera dane wynikające z Tabeli 5. Należy dodać, że właśnie Tabela 5 odnosi się, tak jak wymaga tego Odwołujący, do poszczególnych obiektów których dotyczy realizacja przedmiotowego zamówienia.

Na ocenę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wpływają również podnoszone przez Odwołującego zarzuty o charakterze ogólnym, odnoszące się do całości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności wskazać należy, że uzasadnienie, chociaż nie było rozbudowane, to, jak ustalono powyżej, zawierało wymagane elementy. Należy zauważyć, że praktyka pokazuje, że rzeczywiście uzasadnienia zastrzeżenia zazwyczaj są dużo obszerniejsze – jednak w większości ich treść to przytoczenie przepisów i orzecznictwa Izby, sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Przystępujący sprowadził uzasadnienie do kluczowych elementów, nie sposób zatem uznać by było ono lakonicznie i blankietowe. Jak już wskazano powyżej, dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest niezbędne, jak wywodził Odwołujący, poparcie jej dowodami, a wystarczające jest odpowiednie jej wykazanie. Dalej, należy wskazać, że w orzecznictwie Izby przyjmuje się, że kalkulacja cenowa może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (por np. wyrok z dnia 24 maja 2016 r., KIO 756/16). Dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bez znaczenia pozostaje również posłużenie się przez wykonawcę Kaliente zwrotem, iż zastosowana technologia pozwala na „drastyczne obniżenie kosztów” – okoliczność ta może ewentualnie mieć znaczenie przy ocenie zasadności wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co nie było przedmiotem niniejszego postępowania.

Dodać należy, że jakkolwiek niewątpliwym jest, że to na wykonawcy zastrzegającym informacje ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa, to na etapie postępowania odwoławczego zadaniem odwołującego się jest udowodnienie, że zamawiający błędnie uznał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (por. wyrok KIO z dnia 28.01.2016 r., sygn. akt KIO 57/16).

W ocenie Izby Odwołujący w niniejszej sprawie nie udowodnił, ażeby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów.

Tytułem uzupełnienia wskazać należy, że – jakkolwiek dla ustalenia, czy Zamawiający prawidłowo uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne koniecznym jest zbadanie, czy wykonawca dokonujący zastrzeżenia prawidłowo wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę – co w ocenie Izby nastąpiło, działanie Zamawiającego należy rozpatrywać również w szerszym kontekście. Niewątpliwie na ocenę prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przez Przystępującego Klienta wpłynęła okoliczność, że identyczny zakres dokumentów zastrzegł również Odwołujący, jak także konsorcjum Siemens, co więcej – każdy z tych wykonawców w zbliżony sposób uzasadniał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. O ile sama okoliczność zastrzeżenia tych samych informacji przez innych wykonawców nie może stanowić dla Zamawiającego podstawy oceny zastrzeżenia, o tyle niewątpliwie stanowi pewną wskazówkę w zakresie ustalania wiarygodności zastrzeżenia, chociażby w zakresie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż w niniejszej sprawie nie znalazł potwierdzenia zarzut odwołania w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Klienta oraz zaniechania udostępnienia tych informacji przez Zamawiającego. Ponadto Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty w zakresie oferty Siemens wobec ich wycofania przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie Izba informuje, iż nie przychyliła się do wniosku Zamawiającego o zasądzenie od Odwołującego za przejazd pełnomocników podwójnej wartości złożonego biletu, mając na uwadze, że zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec braku przedłożenia drugiego biletu (powrotnego) Izba nie mogła przedmiotowego wniosku uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....

.....

.....